

De la loi d'application spéciale de l'adoption des orphelins

KIM-UKKON*

- I. Introduction
- II. Exposé du contenu de la loi et considération critique.
 - (A) Le but de la loi
 - (B) Les qualifications des orphelins et parents adoptifs
 - (C) La procédure de l'adoption
 - (D) Les mesures de surveillance et punition
- III. La loi d'application spéciale de l'adoption des orphelins et les règles de conflit de lois
 - (A) C'est toujours un problème de déterminer la loi applicable quand une situation juridique présente un élément d'extranéité.
 - (B) Conditions de fond de l'adoption
 - (C) La formalité de l'adoption
 - (D) Les effets de l'adoption
 - (E) La révocation de l'adoption
- IV. Conclusion

I. Introduction.

Le système d'adoption, qui est sans doute créé par l'instinct humain de vouloir élever les enfants, se servait, au fur et à mesure de développement de la société, d'abord pour la continuité de la famille ensuite pour les parents adoptifs et pour les enfants adoptifs eux mêmes. Dans le monde actuel, la tendance à réaliser, par le moyen de l'institution juridique de l'adoption, le bien-être des enfants adoptifs est bien notable surtout après les deux guerres mondiales. En réalité beaucoup d'orphelins de guerre se trouvaient privés de famille et le législateur se devait de s'intéresser à leur sort.(1)

A cet égard, la guerre coréenne de 1950-1953 n'y fait malheureusement aucune excep-

* **Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques**

(1) Voy. les lois d'amendement du régime d'adoption français réalisées depuis le 19 juin, 1923, The Adoption of Children Act de 1926 de la Grande Bretagne et das Gesetz über die Vermittlung der Annahme an Kindes Statt vom 29. 3. 1951 de l'Allemagne.

tion. Les orphelins de guerre et les enfants abandonnés surtout de sang mixte venant de la présence en Corée des soldats des Nations Unies nous donnaient un grand problème social. En face de ce phénomène, nos législateurs n'oubliaient pas de s'intéresser à la protection des orphelins de la guerre et des enfants abandonnés. La loi pour le bien-être des enfants, promulguée le 30 décembre 1961 en N° 912 de loi, l'ordonnance ministérielle d'exécution de la loi pour le bien-être des enfants, promulguée le 27 mars 1962 en N° 594 d'ordonnance ministérielle, le règlement du comité pour le bien-être des enfants, promulguée le 20 mars 1962 en N° 543 d'ordonnance ministérielle et la loi concernant la gestion tutélaire des orphelins se trouvant dans l'établissement de protection, promulguée le 31 août 1961 en N° 703 de loi sont basés sur cette politique juridique. La loi d'application spéciale de l'adoption des orphelins, promulguée le 30 septembre 1961 en N° 731 de loi et amendée le 23 février 1966 en N° 1745 de loi, et le 31 décembre 1975 en N° 2843 de loi l'ordonnance d'exécution de la loi d'application spéciale de l'adoption des orphelins, promulguée le 10 novembre 1969 en N° 4227 d'ordonnance présidentielle(2) et le règlement d'exécution de la loi d'application spéciale de l'adoption des orphelins, promulguée le 12 juin 1969 en N° 273 d'ordonnance du Ministère de la Santé Publique et des Affaires Sociales(3) sont aussi de la même sorte de législation. Cependant les dernières sont faites en vue de réaliser indirectement le bien-être des orphelins en favorisant l'adoption internationale, tenant compte de ses fréquences dans le monde actuel d'intercommunion entre les pays ou les particuliers(4), tandis que les premières sont faites en vue de réaliser directement le bien-être des enfants qui ont besoin de protection de l'Etat, les enfants abandonnés ainsi que les orphelins se trouvant dans le pays.

Bien qu'il ne se trouve plus maintenant des orphelins de guerre en Corée, étant que plus de 20 années se sont passées après l'armistice de la guerre coréenne, nous voyons, à nos jours, l'accroissement du nombre des enfants abandonnés venant soit de la famille en faillite soit de la pauvreté économique et morale.(5) La nécessité d'une législation comme la loi d'application spéciale de l'adoption des orphelins ne fait aucun doute, parce que, au point de vue d'humanité et de moralité, le pays de la naissance des orphelins ne pourrait pas se désintéresser de leur sort, mais devrait activement protéger et assurer leur bien-être future, et que, jusqu'à la promulgation de cette loi, l'adoption internationale était bien

(2) Nous l'appellerons ci-après simplement en „l'ordonnance présidentielle”.

(3) Nous l'appellerons ci-après simplement en “l'ordonnance ministérielle”.

(4) D'après la statistique annuelle du ministère chargé de la Santé Publique et des Affaires Sociales de l'année 1973, 4688 enfants coréens sont adoptés par les étrangers en l'année 1973.

(5) Nous constatons, d'après la statistique annuelle du ministère chargé de la Santé Publique et des Affaires Sociales de l'année de 1973, que le nombre des enfants abandonnés en l'année 1973 (5941 enfants) est plus de double de celui de l'année 1960 (2537 enfants).

fréquemment réalisée sans aucune réglementation spéciale, ce fait risquait d'entraîner l'occasion de sacrifier les orphelins.

En examinant, suivant l'ordre des articles, le contenu de cette loi, qui ne sont pas tout content aux yeux des civilistes, nous en feront quelques considérations critiques, et puis étudieront nous les rapports entre le droit internationale privé et la loi d'application spéciale de l'adoption des orphelins, qui n'en a aucune disposition.

II. Exposé du contenu de la loi et considération critique.

(A) Le but de la loi.

L'alinéa premier du premier article de la présente loi annonce que le but de cette loi est d'assurer la promotion de bien-être des orphelins par la simplification de procédure de l'adoption des orphelins de nationalité de la République de Corée par les étrangers.

Il est de toute évidence que le but de cette loi consiste, comme dans les autres lois précitées de la même sorte, à assurer la promotion de bien-être des orphelins et nous comprenons aussi l'intention du législateur de favoriser l'adoption internationale des orphelins par le moyen de simplification de sa procédure, mais il est bien difficile de savoir comment on peut assurer la promotion de bien-être des orphelins par le moyen de simplification de sa procédure. Pour bien l'assurer, ne faudrait-il pas, plutôt, prudemment régler la procédure de l'adoption des orphelins, d'autant plus que cette adoption est internationale, par laquelle l'adopté s'installe dans une famille de la société d'une toute différente culture. (6) Nous pensons que la présente loi simplifie trop la procédure de l'adoption internationale des orphelins comme nous allons le voir ci-après et qu'il vaut mieux de supprimer le phrase "simplification de procédure", bien que personne ne préfère le complexe plutôt que le simple.

Le deuxième alinéa du même article annonce que, s'il n'y a pas de disposition spéciale dans la présente loi concernant les conditions et procédures de l'adoption d'orphelins faite par un étranger, la disposition du droit civil doit être y appliquée. Ce deuxième alinéa, qui prescrit les sources subsidiaires à la présente loi, n'est pas de nature à se placer dans cet article, qui est intitulé "le but". Il faudrait mieux de le placer dans l'article 11, qui est de la nature ressemblante.

(B) Les qualifications des orphelins et parents adoptifs.

1) L'alinéa premier de l'article 2 de la loi qualifie l'orphelin, âgé de moins de 18 ans,

(6) Voy. pour la même idée, Jin Kim, „The Law of Special Application for Adoption of Orphans”, *Buphak*, Vol. IV, N° 1 & 2, 1962, p. 133.

dont le responsable de supports est inconnu, ou dont le responsable de supports est connu et lui a donné le consentement à l'adoption, susceptible d'être adopté suivant la présente loi.

Il semble que la limitation d'âge de 18 ans vient des considérations que l'orphelin âgé plus de 18 ans n'aura pas besoin d'être adopté, parce qu'il possède la capacité d'ouvrir seul sa carrière, et qu'il doit accomplir le service militaire.

L'orphelin, âgé de moins de 18 ans, dont le responsable de supports est connu doit ainsi avoir son consentement à adoption, mais pas de permission d'adoption de son tuteur, tandis que celui dont le responsable est inconnu doit avoir la permission de l'adoption de son tuteur, car l'article 2 de l'ordonnance présidentielle l'exige en ce cas.(7)

L'alinéa 2 du même article de la loi annonce le principe de l'adoption au profit de l'orphelin adoptif en prescrivant que l'orphelin qui succède même le statut du chef de famille ou le lignage de ses parents peut être adopté. Etant qu'en droit civil coréen l'adoption pour la continuité de la famille ou celle pour les parents sont encore possible, cette disposition n'est qu'une reconfirmation du principe de l'adoption au profit de l'orphelin adoptif, qui est déjà annoncé dans l'article premier de la présente loi.(8)

2) L'alinéa premier de l'article 3 de la loi énumère les cinq conditions pour qu'un étranger puisse être qualifié de parent adoptif: (a) il doit avoir la capacité d'adopter selon sa loi nationale, (b) il doit posséder des biens suffisants à supporter l'enfant adopté, (c) il doit être un homme de bonne conduite et sans maladie maligne, (d) il ne doit pas aliéner ou utiliser l'enfant adopté pour servitude, travail difficile ou l'autre occupation en laquelle il y aurait danger de violer le droit de l'homme, (e) il doit jurer, avec la garantie d'une organisation officielle de sa nation ou d'une personne commissionnée par cette organisation, qu'il garantira d'assurer la liberté de religion à l'enfant adopté et de surveiller sur ce qu'on lui accorde le traitement approprié comme un membre de la communauté régionale à l'égard d'éducation et de la protection.

Nous voyons ici qu'en exigeant les cinq conditions relativement sévères, le législateur s'attache beaucoup à assurer le bien-être de l'orphelin adoptable, parce qu'il est très dépendant de la qualité de l'adoptant.

Cependant la condition (a) n'est pas suffisante à notre opinion; il faudrait y prescrire une limitation d'âge minimum de l'adoptant et exiger une certaine différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté, car il serait possible qu'un homme âgé de 20 ans adopte une orpheline âgée de 18 ans si la loi de sa nation le permet comme l'est le code civil coréen(9), le

(7) L'article 2 de l'ordonnance présidentielle exige que celui qui veut obtenir l'autorisation de l'adoption doit présenter le certificat du tuteur de l'orphelin et sa permission de l'adoption.

(8) Voy. les articles 867, 880, 877, 899 et 876 du Code civil coréen.

fait risquant d'entraîner l'occasion de dissimuler le mariage en adoption. Ce serait mieux encore d'ajouter une sixième condition qu'il n'y a pas d'autre cause grave de la part de l'adoptant que le tribunal juge possible de contre-aller au bien-être de l'orphelin adoptif, étant qu'en effet, ce sera le tribunal qui examine si les conditions exigées sont remplies ou non et autorise l'adoption.

Le deuxième alinéa du même article qui disposait que le parent adoptif doit faire une déclaration qu'il se soumettra à la requête de la République de Corée de rapporter les circonstances en vigueur relatives aux conditions de numéros (d) et (e) du précédent alinéa est abrogé le 23 février 1966. Nous ne voyons pas la raison d'avoir abrogé cet alinéa, parce que nous pensons que l'Etat ne devra pas se désintéresser de l'orphelin ressortissant de son pays même après qu'il a été adopté par un étranger, en tant que l'adoption internationale n'est qu'un moyen d'assurer la promotion de bien-être des orphelins comme l'annonce l'article premier de la loi.

(C) La procédure de l'adoption.

La présente loi contient les dispositions relatives à la procédure de l'adoption dans les articles 4 (autorisation du tribunal), 5 (agence intercédante de l'adoption) et 6 (suppression de la nationalité de l'adopté), et les ordonnances de son exécution détaillent les règles procédurales.

1) Autorisation du tribunal.

L'étranger qui désire adopter un orphelin doit présenter une demande en adoption au tribunal de famille ayant juridiction au territoire du domicile ou de la résidence de cet orphelin (1^{re} alinéa de l'article 4). La formalité de cette demande est fixée par l'article 2 de l'ordonnance présidentielle(10).

L'article 2 de l'ordonnance présidentielle prescrit aussi qu'il faut joindre à la présentation de la demande en adoption (a) un certificat de l'Etat civil de l'orphelin, (b) un dossier d'enseignement de l'orphelin et de la famille adoptive, (c) des dossiers prouvant remplies les conditions exigées dans l'article 3 de la loi, (d) un certificat du tuteur et sa permission de l'adoption au cas où le responsable de supports de l'orphelin est inconnu (catégorie de l'alinéa 1 de l'article 2 de la loi) et (e) un dossier pouvant confirmer le responsable de supports et son consentement à l'adoption quand le responsable de supports

(9) L'article 866 du Code civil coréen prescrit que celui qui atteint à la majorité a la capacité d'adopter. Voy., pour les législations qui exigent certaine différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté, l'article 1744, B.G.B. et l'article 344 du Code civil français.

(10) Dans la demande de l'adoption, il faut nécessairement remplir les noms, lieux de naissance, domiciles, occupations, dates de naissance et nationalités des parents adoptifs et de l'orphelin adoptif, et le sexe du dernier.

est connu (catégorie de l'alinéa 2 de l'article 2 de la loi).

Cependant le tribunal doit faire une notification publique en deux fois, l'une 15 jours après l'autre, aux journaux et bulletin-tableau, sollicitant la souscription de la personne responsable de supports de l'orphelin, s'il ne peut pas confirmer le responsable de supports de l'orphelin (2ième alinéa de l'article 4).

C'est donc le tribunal qui vérifie si les conditions exigées sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'orphelin. Pour qu'il soit prudent à la décision de l'autorisation de l'adoption, l'alinéa 3 du même article exige qu'elle soit donnée par une délibération collégiale.

Si le tribunal autorise ainsi l'adoption, il doit donner l'ordre à la personne qui tient l'orphelin de le rendre, et il pourra aussi donner l'ordre de faire exécution directe par l'huissier en cas où cet ordre ne sera pas suivi (4ième alinéa de l'article 4).

Il semble que les conditions exigées pour obtenir l'autorisation de l'adoption sont bien sévères. Pourtant pensons nous qu'elles ne sont pas suffisantes pour bien assurer la promotion de bien-être d'orphelin. Ne faudrait-il pas demander une période d'épreuve d'accueil avant de donner l'autorisation définitive, en tenant compte que l'orphelin s'installe par l'adoption internationale dans une famille de la société d'une toute différente culture? Si l'adopté se sent inadaptable à la famille adoptante après que l'adoption définitive soit faite, que pourra-t-il faire? Ne tombera-t-il pas dans la misère? C'est pourquoi nous pensons nécessaire d'adopter le régime de la période d'épreuve d'accueil en adoption internationale, par exemple, de six mois ou d'un an, pour bien juger l'opportunité de l'adoption définitive.

Pour chercher le responsable de supports de l'orphelin le système de notification publique n'est pas suffisant, car la notification publique faite seulement avec le nom et la date de naissance très souvent inexactes n'y aidera pas beaucoup. Il faudra un centre d'enseignement officiel des enfants abandonnés où procure-t-on les photos et les dossiers personnels exactes des enfants abandonnés.⁽¹¹⁾

L'alinéa premier de l'ancien article 4 prescrivait que "en cas où l'orphelin possède la capacité de juger raisonnablement la chose, l'étranger adoptant doit obtenir son consentement, mais cet alinéa est aussi abrogé le 23 février 1966. Encore nous ne comprenons pas la raison de cette abrogation, parce que nous pensons qu'il est nécessaire d'obtenir le consentement de l'orphelin adoptif après avoir lui bien expliqué ce qu'est l'adoption internationale pour bien assurer la promotion de bien-être de l'orphelin.

2) L'agence intercadante de l'adoption et la suppression de nationalité.

(11) Hyun Suk Chim et Nam Soon Hue, "Adoption", *Rapport de la conférence pour l'amélioration de bien-être des enfants*, (publié par la Korean Association of Social-Workers, 1975), p. 70.

a) L'article 5 de la loi prescrit que l'affaire intercédante de l'adoption internationale des orphelins appartient exclusivement à la personne morale ou à une organisation collective qui ont obtenu la licence du Ministre chargé de la Santé Publique et des Affaires Sociales. Celui qui entreprend, sans obtenir la licence, les affaires intercédantes de l'adoption sera puni.⁽¹²⁾

La personne morale doit être celle qui est créée dans le but d'intercession de l'adoption internationale de l'orphelin et qui a obtenu la licence du Ministre chargé de la Santé Publique et des Affaires Sociales, et l'organisation collective doit être celle d'aide civile étrangère qui a obtenu aussi la licence du Ministre chargé de la Santé Publique et des Affaires Sociales.⁽¹³⁾

Celui qui désire obtenir la licence d'agence intercédante de l'adoption déposera une requête, d'abord au maire de Séoul, de Pusan ou au gouverneur de chaque district et puis au Ministre chargé de la Santé Publique et des Affaires Sociales. Si le requérant est l'organisation collective d'aide civile étrangère, il peut la déposer directement au Ministre chargé de la Santé Publique et des Affaires Sociales.⁽¹⁴⁾ La Licence donnée peut être révoquée par le Ministre chargé de la Santé Publique et des Affaires Sociales si l'agence intercédante d'adoption viole les dispositions de la présente loi ou les ordonnances édictées suivant cette loi (article 9 de la loi).

L'alinéa 3 de l'article 5 de la loi prescrit que le critérium de la licence de l'agence intercédante d'adoption sera fixé par l'ordonnance présidentielle. Et d'après cette prescription, les articles 4 et 5 de l'ordonnance présidentielle et les articles 3 et 4 de l'ordonnance ministérielle le détaillent. L'article 4 de l'ordonnance présidentielle exige pour le critérium de la licence deux conditions d'établissement, d'une part celle de personnels et d'autre part celle de matériels. L'article 5 de l'ordonnance présidentielle prescrit le niveau d'éducation que les personnels de l'agence doivent posséder et l'article 4 de l'ordonnance ministérielle énumère limitativement les genres de faculté d'université dans laquelle les personnels doivent faire son étude. L'article 3 de l'ordonnance ministérielle détaille les conditions matérielles que l'agence doit accomplir, et l'article 1^{er} de la même ordonnance prescrit la formalité de la requête de la licence. L'alinéa 4 de l'article 5 de la loi prescrit que l'agence intercédante d'adoption doit toujours connaître les matières concernant le statut personnel de l'orphelin, même après qu'il soit adopté par un étranger, et il doit immédiatement informer le Ministre de la Justice quand il confirme le fait que l'adopté a obtenu la nationalité de l'adoptant étranger. L'article 6 de l'ordonnance ministérielle fixe la formalité d'information du fait que l'adopté a obtenu la nation-

(12) Voy. L'alinéa 1^{er} de l'article 10 de la présente loi.

(13) Voy. l'article 32 du Code civil coréen et l'article 3 de l'ordonnance présidentielle.

(14) Voy. l'article 3 de l'ordonnance présidentielle.

alité de l'adoptant étranger et exige joindre à cette information les dossiers pouvant faire de la preuve.

L'alinéa 2 de l'article 5 de l'ordonnance présidentielle prescrit que les conseillers de l'agence intercédante d'adoption s'engagent aux affaires de conseils et de recherches sur les enfants adoptables et les familles désirant adopter, aux affaires de procédure de l'adoption et d'orientation successive sur les enfants adoptés et sur les familles adoptantes.

En abrogeant l'ancien article 6 de la loi, qui prescrivait que l'adoptant étranger peut mandater une agence d'adoption désignée par ordonnance ministérielle de poursuivre une partie de procédure de l'adoption, le nouvel article 5 et les ordonnances de son exécution réglementent relativement en détail l'organisation de l'agence intercédante de l'adoption internationale comme nous l'avons vu ci-dessus.

Il paraît que l'intention du législateur consiste à faire accomplir l'agence intercédante d'adoption les affaires seulement intercédantes en voulant excepter la possibilité de l'adoption mandataire, parce qu'elle risque d'entraîner pas mal de vices. Cependant c'est, en pratique, l'agence intercédante d'adoption qui poursuit au nom de l'adoptant étranger toute la procédure de l'adoption. Ainsi nous disons qu'il est dommage que la loi n'énumère pas explicitement ceux que l'agence intercédante de l'adoption peut et doit faire, parce qu'en adoption internationale, le rôle de l'agence intercédante est très important. De ce point de vue, les dispositions de l'alinéa 4 de l'article 5 de la loi et de l'alinéa 2 de l'article 5 de l'ordonnance présidentielle ne sont pas suffisantes à nos yeux.

b) L'ancien article 5 de la présente loi, qui disposait que, quand un orphelin est adopté par un étranger d'après la présente loi, le tribunal doit supprimer la nationalité coréenne de cet orphelin adopté, était en contradiction avec la disposition de la loi de nationalité dans laquelle est prescrit que celui qui est adopté par un étranger et qui a obtenu la nationalité de son adoptant perdra la nationalité coréenne (15). D'après l'ancien article 5 de la présente loi, l'orphelin adopté risquait d'être apatride, parce qu'il perd la nationalité coréenne avant d'obtenir celle de son adoptant étranger. Pour éviter cette contradiction entre l'ancien article 5 de la présente loi et la disposition de la loi de nationalité, le nouvel article de la présente loi prescrit que, quand le Ministre de la Justice a reçu l'information de l'agence intercédante de l'adoption que l'adopté a obtenu la nationalité de l'adoptant étranger, il doit, de sa pleine autorité, notifier le tribunal de famille ayant juridiction au territoire de bureau de l'Etat civil de supprimer la nationalité coréenne de cet orphelin adopté, et l'obligation de cette information de l'agence intercédante d'adoption est, comme nous l'avons vu, prescrite dans l'alinéa 4 de l'article 5 de la loi.

(15) Voy. le N° II de l'article 12 de la loi de nationalité, promulguée le 20 décembre, 1948 et amendée le 21 novembre, 1962 et le 30 septembre, 1963.

(D) Les mesures de surveillance et punition.

La présente loi et les ordonnances de son exécution réglementent non seulement l'organisation de l'agence intercédante d'adoption mais aussi la surveillance du ministère de la Santé Publique et des Affaires Sociales sur elle.

Intercédant l'adoption, l'agence intercédante d'adoption peut savoir les secrets personnels des parties de l'adoption, mais elle ne les doit pas faire échapper. Ainsi le législateur interdit l'échappement de secrets en prescrivant que celui, qui s'y était engagé, ne doit pas faire échapper les secrets de orphelin qu'il connaît en affaires (Article 7), et celui qui le viole sera puni d'amende de moins de dix mille Won (article 10).

Cependant nous ne voyons pas la raison d'interdire l'échappement des secrets seulement de la part de l'orphelin, mais pas de la part de l'adoptant étranger, parce que l'agence intercédante d'adoption pourrait savoir, en intercession de l'adoption, les secrets de l'adoptant aussi bien que ceux de l'adopté, et que ceux-là doivent être également garantis aussi bien que ceux-ci. Ainsi pensons nous qu'il est également interdit de faire échapper les secrets personnels de la part de l'adoptant.

Prescrivant qu'à l'article 8 de la loi, le Ministre chargé de la Santé Publique et des Affaires Sociales peut, s'il le juge nécessaire, donner ordre à l'agence intercédante d'adoption d'offrir les informations concernant les affaires intercédantes de l'adoption, faire examiner le fonctionnaire compétant les dossiers concernant les affaires intercédantes de l'adoption, ou faire interroger le fonctionnaire les personnes concernées, et surtout qu'à l'article 9, le Ministre chargé de la Santé Publique et des Affaires Sociales peut révoquer la licence de l'agence intercédante d'adoption quand il viole les dispositions de la présente loi ou des ordonnances édictées suivant cette loi, le législateur a mis l'agence intercédante d'adoption sous la surveillance du ministère de la Santé Publique et des Affaires Sociales.

L'article 7 de l'ordonnance présidentielle exige que le représentant de l'agence intercédante d'adoption informe le Ministre chargé de la Santé Publique et des Affaires Sociales des projets d'affaires, du budget estimatoire etc.

C'est encore à noter que le législateur réglemente une nouvelle disposition de punition dans l'article 10 de la loi, qui ne se trouvait pas avant l'amendement de cette loi, pour bien réglementer et contrôler l'agence intercédante d'adoption.

C'est bien nécessaire, à notre sens, de mettre ainsi l'agence intercédante d'adoption sous la surveillance du ministère de la Santé Publique et des Affaires Sociales, étant que le rôle de l'agence intercédante d'adoption est bien important en adoption internationale. Pourtant, nous pensons que c'est dommage d'avoir abrogé la disposition de l'ancien article 7 de la loi, qui prescrivait que, quand la République de Corée reconnaît qu'un parent adoptif

a violé les conditions requises et prescrites aux N° (d) et (e) de l'alinéa 1^{er} de l'article 3 de la loi, elle peut requérir le gouvernement du pays de parent adoptif d'arranger proprement du pays de parent adoptif d'arranger proprement une réadoption de l'enfant à une autre famille, car il faut que l'Etat intervienne directement aux mesures de protection de l'enfant, ne se contentant pas seulement de surveiller l'agence intercédante d'adoption. L'Etat ne devra pas être désintéressé de l'orphelin ressortissant de son pays même après qu'il est adopté par un étranger, étant que l'adoption internationale n'est un moyen d'assurer la promotion de bien-être des orphelins. Il faudra donc que le gouvernement coréen intervienne directement à la protection de l'enfant adopté, au moins jusqu'au certain temps après que l'adoption est réalisée, en requérant soit le gouvernement de pays du parent adoptif soit une agence intercédante d'adoption de ce pays d'arranger une réadoption de cet enfant à une autre famille, quand il confirme que l'adoption n'avait pas été faite conformément aux intérêts de l'adopté, cela d'autant plus qu'on n'adopte pas le régime de période d'épreuve d'accueil de l'adoption.

III. La loi d'application spéciale de l'adoption des orphelins et les règles de conflit de lois

(A) C'est toujours un problème de déterminer la loi applicable quand une situation juridique présente un élément d'extranéité.

Cela va sans dire qu'il y a des éléments étrangers aux rapports de l'adoption internationale des orphelins que la présente loi vise réglementer, à voir l'adopté (orphelin) ressortissant de la Corée et l'adoptant étranger (16).

C'est donc souhaitable que la présente loi, qui est légiférée en vue de favoriser l'adoption internationale pour assurer la promotion de bien-être des orphelins, contienne quelques dispositions relatives à la détermination de la loi applicable en la matière. Nous regrettons que l'auteur de la loi en a négligé et que la loi nous donne seulement l'impression qu'elle est purement de la loi matérielle spéciale du droit civil, en prescrivant qu'au deuxième alinéa de l'article premier, s'il n'y a pas de disposition spéciale dans la présente loi concernant les conditions et procédures de l'adoption d'orphelin par un étranger, celles du droit civil y seront appliquées.

Nous essayerons ici de mettre la présente loi en harmonie avec les règles de conflits de lois, en considérant les dispositions du Code de droit international privé coréen en matière de l'adoption.

(16) Voy. l'article 1^{er} de la présente loi.

(B) Conditions de fond de l'adoption.

L'alinéa premier de l'article 21 du Code de droit international privé coréen prescrit que, quant aux conditions de l'adoption, les lois nationales respectives des parties s'appliquent de manière distributive.

“Les conditions de l'adoption” signifie ici seulement les conditions de fond, mais pas de formalité de l'adoption, et la loi nationale dont il s'agit est celle du moment de la conclusion de l'adoption. Donc, l'adoptant doit répondre aux conditions requises par sa loi nationale et l'enfant adoptable doit répondre aux conditions requises par sa loi nationale. Les conditions concernant les deux parties, par exemple, la condition de certaine différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté, doivent être conformes en même temps aux lois nationales des deux parties. (17)

La disposition de l'article 2 de la présente loi se substitue, en application, à la loi nationale de l'orphelin, c'est-à-dire, au Code civil coréen, car elle qualifie les orphelins adoptables. L'adoptant étranger doit répondre pas seulement aux conditions requises par sa loi nationale mais à toutes conditions requises par l'article 3 de la présente loi, car cet article est une disposition spécialement exigée de la condition de fond de l'adoption concernant l'adoptant en la matière. Cependant la loi coréenne peut, le cas échéant, être s'appliquée quant aux conditions de fond concernant l'adoptant, car l'article 4 du Code de droit international privé coréen reconnaît un renvoi direct au premier degré (18).

L'adoption internationale ne serait pas réalisée avec une partie dont la loi nationale ne la permet pas, parce que les lois nationales de chaque parties s'appliquent respectivement aux conditions de l'adoption. Il y a donc une limitation d'application de la présente loi. (19)

La loi nationale de la partie dont il s'agit s'appliquera même aux conditions de la capacité d'exprimer la volonté et de la nécessité de l'autorisation du tribunal. En cas où un des époux est l'adoptant, cela dépend aussi de la loi nationale de l'adoptant qu'il peut ou non adopter seul avec le consentement de son époux. C'est obligatoire en notre matière d'obtenir l'autorisation de l'adoption du tribunal de la première instance de la Corée même si la loi nationale de l'adoptant étranger ne l'exige pas, car l'article 4 de la présente loi

(17) San Duk Hwang et Yong Han Kim, *Nouveau Droit International Privé*, (Séoul: 1970), p. 289. Jin Kim, *Nouveau Droit International Privé*, (Séoul: 1962), p. 272. Huye Won Syu, *Nouvelles Leçons de Droit International Privé*, (Séoul: 1970), p. 327.

(18) L'article 4 du Code de D.I.P. coréen prescrit que la loi coréenne sera appliquée au cas où la loi nationale de la partie dont les règles de conflits de lois renvoient à la loi coréenne est applicable.

(19) Voy. l'article 21 du Code de P. I. P. coréen et l'alinéa 1^{er} de l'article 3 de la présente loi.

l'exige (20).

Comme nous avons vu ci-dessus, la présente loi n'est pas très claire pour la détermination de la loi applicable quant aux conditions de fond de l'adoption.

(C) La formalité de l'adoption.

Quant à la formalité de l'adoption, il n'y a aucune disposition ni dans la présente loi ni dans l'article 21 du Code de droit international privé coréen qui est l'unique disposition en ce qui concerne l'adoption. Les règles générales de la formalité des actes juridiques, prescrites à l'article 10 du Code de droit international privé coréen, doivent être suivies en la matière. (21)

D'après l'article 10 du Code de droit international privé coréen, la forme de l'acte juridique sera, en principe, régie par la loi applicable aux effets de cet acte juridique et, en règle supplétive, par la loi du pays où l'acte juridique se réalise: *Locus regit actum*.

Etant que les effets de l'adoption sont régis par la loi nationale de l'adoptant comme nous allons le voir ci-après, l'adoption des orphelins peut être faite, en la matière, par soit en forme régie par la loi nationale de l'adoptant étranger, soit par la loi du pays où elle s'est faite, donc en forme régie par la loi coréenne au cas où elle s'est faite en Corée.

D'après la loi coréenne, l'adoption est valable en sa forme quand elle s'est inscrite en papier avec les signatures de deux parties de l'adoption et de deux témoins majeurs conformément aux dispositions de la loi de l'Etat civil coréen (22).

Cependant c'est la pratique que l'agence intercédante de l'adoption fait, par la demande de l'adoptant, l'inscription de l'adoption des orphelins avec la signature de l'adoptant par correspondance sans qu'il vienne en Corée.

Ce n'est pas souhaitable, pensons-nous, que l'adoption des orphelins, en notre matière, soit accomplie en la forme de la loi nationale de l'adoptant étranger, ce qui est le principe d'après l'article 10 du Code de droit international privé coréen, parce que l'adoption des orphelins doit être bien contrôlée et surveillée par le tribunal et par le ministère de la Santé Publique et des Affaires Sociales, ce qui est bien nécessaire pour la promotion de bien-être des orphelins.

(D) Les effets de l'adoption.

Il n'y a, dans la présente loi, aucune disposition relative aux effets de l'adoption des or-

(20) En adoption générale, l'autorisation du tribunal n'est pas nécessaire, car le Code civil coréen ne l'exige pas.

(21) San Duk Hwang et Yong Han Kim, *op. cit.* p. 291.
Jin Kim, *Nouveau Droit International Privé, op. cit.* p. 273.
Huye Won Syu, *op. cit.* p. 329.

(22) Voy. l'article 878 du Code civil coréen et l'article 66 de la loi de l'Etat civil coréen.

phelins, tandis que le deuxième alinéa de l'article 21 du Code de droit international privé coréen prescrit que les effets de l'adoption sont régis par la loi nationale de l'adoptant.

Les effets de l'adoption dont il s'agit seront régis par la loi nationale de l'adoptant étranger et "les effets de l'adoption" mentionnés ici signifie seulement les effets directs de l'adoption, c'est-à-dire les effets que l'adoption crée le lien de filiation légitime ou non entre l'adoptant et l'adopté. Et l'effet direct de l'adoption est régi par la loi nationale en vigueur de l'adoptant au moment de la conclusion de l'adoption et le changement postérieur de la nationalité de l'adoptant n'y donne aucune influence.

Les effets, qui dérivent de l'effet direct de l'adoption, par exemple, la puissance paternelle, l'obligation alimentaire et le droit de succession seront régis par les lois applicables à chaque institutions (23).

(E) La révocation de l'adoption.

Les lois nationales des pays ne sont pas identiques quant au régime de révocation de l'adoption. Dans la présente loi, il n'y a même aucune disposition relative à la révocation de l'adoption des orphelins. La disposition du deuxième alinéa de l'article 21 du Code de droit international privé coréen, que la révocation de l'adoption est régie par la loi nationale de l'adoptant, est donc applicable pour la révocation de l'adoption des orphelins en la matière. La loi nationale, mentionnée dans cet article, signifie la loi nationale actuelle de l'adoptant s'il y a changement de la nationalité de l'adoptant (24).

Cette disposition de l'article 21 du Code de droit international privé coréen doit être suivie pour déterminer les modalités et causes de révocations et les effets de révocation. (25)

C'est à noter que la révocation de l'adoption des orphelins ne sera pas possible si la loi nationale de l'adoptant ne la permet pas.

Etant que la révocation de l'adoption des orphelins est très importante pour la vie future de l'adopté, il est souhaitable que la présente loi en contienne des dispositions spéciales, favorables pour la promotion de bien-être des orphelins.

IV. Conclusion

Nous n'avons aucun doute de la nécessité d'une législation comme la loi d'application spéciale de l'adoption des orphelins, car nous pensons que, au point de vue d'humanité

(23) L'obligation alimentaire et la puissance paternelle sont régies par la loi nationale de parent adoptif et le droit de succession est régi par la loi nationale du succédé (qui peut être l'adoptant ou l'adopté). Voy. les articles 20 et 26 du Code de D.I.P. coréen.

(24) San Duk Hwang et Yong Han Kim, *op. cit.* p. 293.

(25) Jin Kim, "The Law of Special Application for Adoption of Orphans," *op. cit.* p. 131.

et de moralité, le pays de la naissance des orphelins ne pourrait pas se désintéresser de leur sort et devrait activement protéger et assurer leur bien-être future, et qu'il y a lieu très fréquemment l'adoption internationale des orphelins dans le monde actuel d'intercommunion.

Etant donné que le but de la loi consiste à assurer la promotion de bien-être des orphelins et, pour cela, à favoriser en même temps l'adoption internationale des orphelins, le contenu de la loi doit être conforme à son but et les dispositions doivent être suffisantes pour atteindre le but.

Malheureusement, la présente loi ne l'est pas.

Nous avons, en exposant le contenu, indiqué les insuffisances de la loi, surtout en ce qui concerne la qualification de l'adoptant, la procédure de l'adoption et les mesures de surveillance.

En étudiant les rapports entre la présente loi et les règles de conflits de lois, nous avons vu que la détermination de la loi applicable en notre matière est soumise aux règles générales de droit international privé, ce qui entraîne le résultat inadéquat pour la promotion de bien-être des orphelins, et nous en avons indiqué l'inadéquation surtout en ce qui concerne la formalité et la révocation de l'adoption.

En conclusion, proposons-nous une réforme fondamentale de la présente loi, qui consiste, d'une part, à améliorer les dispositions concernant la qualification de l'adoptant, la procédure de l'adoption et les mesures de surveillance et, d'autre part, à suppléer quelques dispositions spéciales au droit commun quant à la détermination de la loi applicable en la matière.

Appendice

Texte de la loi.

Article premier (le but)

(1) Le but de la présente loi consiste à assurer la promotion de bien-être des orphelins en faisant simplifier la procédure de l'adoption des orphelins de nationalité de la République de Corée par les étrangers.

(2) S'il n'y a pas de disposition spéciale dans la présente loi en ce qui concerne les conditions et procédure de l'adoption d'orphelin faite par un étranger, la disposition de droit civil y sera appliquée.

Article 2 (qualifications des orphelins adoptifs)

(1) "Orphelin" mentionné dans la présente loi signifie celui qui répond à une des catégories suivantes :

- a) Celui, âgé de moins de 18 ans, dont le responsable de supports est inconnu.
- b) Celui, âgé de moins de 18 ans, dont le responsable de supports lui a donné le consentement à l'adoption.

(2) A la signification de l'orphelin âgé de moins de 18 ans, mentionné dans le précédent alinéa, s'inclut même celui qui succède le statut de chef de famille ou le lignage de ses parents.

Article 3 (qualifications des parents adoptifs)

(1) L'étranger qui répond aux conditions suivantes peut adopter un orphelin par la présente loi :

- a) Il doit avoir la capacité d'adopter selon sa loi nationale.
- b) Il doit posséder des biens suffisants à supporter l'enfant adopté.
- c) Il doit être un homme de bonne conduite et sans maladie maligne.
- d) Il ne doit pas aliéner ou utiliser l'enfant adopté pour servitude, travail difficile ou l'autre occupation en laquelle il y aurait danger de violer le droit de l'homme.
- e) Il doit jurer, avec la garantie d'une organisation officielle de sa nation ou d'une personne commissionnée par cette organisation, qu'il garantira d'assurer la liberté de religion à l'enfant adopté et de surveiller sur ce qu'on lui accorde le traitement approprié comme un membre de la communauté régionale à l'égard d'éducation et de protection.

(2) Abrogé le 23 février 1966.

Article 4 (autorisation du tribunal), amendé le 31 décembre 1975

(1) Quand un étranger désire adopter un orphelin, il doit présenter une demande d'adoption au tribunal de famille ayant juridiction au territoire du domicile ou de la résidence de cet orphelin. (amendé le 23 février 1966)

(2) Quand il y a une demande d'adoption mentionnée dans l'alinéa précédent et que le tribunal ne peut pas confirmer la personne responsable de supports, prescrite dans l'alinéa 1^{er} de l'article 2, il doit faire une notification publique en deux fois, une 15 jours après l'autre, aux journaux et bulletin-tableau du tribunal, sollicitant la souscription de la personne responsable de supports de l'orphelin.

(3) L'autorisation de l'adoption du tribunal sera donnée par une délibération collégiale.

(4) Quand le tribunal fait la décision susdite, il doit donner l'ordre à la personne qui tient l'orphelin de le rendre. En cas où cet ordre ne sera pas suivi, le tribunal pourra aussi donner l'ordre de faire exécution directe par l'huissier.

Article 5 (agence intercédante de l'adoption)

(1) L'affaire intercédante de l'adoption d'après la présente loi appartient exclusivement à celui qui a obtenu la licence du Ministre chargé de la Santé Publique et des Affaires Sociales (elle sera appelée ci-après en "agence intercédante d'adoption").

(2) La licence mentionné dans le précédent alinéa ne sera donnée qu'à la personne morale ou à une organisation collective.

(3) Le critérium pour donner la licence de l'agence intercédante d'adoption sera fixé par l'ordonnance présidentielle.

(4) L'agence intercédante doit toujours connaître les matières concernant le statut personnel de l'orphelin, même après qu'il soit adopté par un étranger, et il doit immédiatement informer le Ministre de la Justice quand il confirme le fait que l'adopté a obtenu la nationalité de l'adoptant étranger.

Article 6 (suppression de nationalité de l'adopté), amendé le 31 décembre 1975

Quand le Ministre de la Justice a reçu l'information prescrite dans l'alinéa 4 du précédent article, il doit, de sa pleine autorité, notifier le tribunal de famille ayant juridiction au territoire de bureau de l'Etat civil de supprimer la nationalité de l'orphelin adopté

Article 7 (interdiction d'échappement de secrets) amendé le 23 février 1966

Celui qui s'engage aux affaires intercédates de l'agence d'adoption ou qui s'y était engagé ne doit pas faire échapper les secrets de l'orphelin qu'il connaît en affaires (amendé

Article 8 (surveillance) (amendé le 23 février 1966.

(1) Le Ministre chargé de la Santé Publique et des Affaires Sociales peut, s'il le juge nécessaire, donner ordre à l'agence intercédante d'adoption d'offrir les informations concernant les affaires intercédantes de l'adoption, ou faire le fonctionnaire interroger les personnes y concernées.

(2) Dans le cas de l'alinéa précédent, le fonctionnaire doit présenter une carte exprimant la faculté de le faire.

Article 9 (révocation de la licence), légiféré nouvellement le 23 février 1966.

Le Ministre chargé de la Santé Publique et des Affaires Sociales peut révoquer la licence d'intercéder l'adoption quand l'agence intercédante d'adoption viole les dispositions de la présente loi ou de les ordonnances édictées suivant cette loi.

Article 10 (punition), légiféré nouvellement le 23 février 1966

(1) Celui qui entreprend, sans obtenir la licence prescrite dans le 1^{er} alinéa de l'article 5 de la présente loi, les affaires intercédantes de l'adoption des orphelins sera puni d'emprisonnement de moins de 2 ans ou d'amende de moins de 40 mille Won.

(2) Celui qui viole la prescription de l'article 7 de la présente loi sera puni d'amende

de moins de 10 mille Won.

Article 11 (ordonnance d'exécution), légiféré nouvellement le 23 février 1966.

Les matières nécessaires pour mettre cette loi en exécution sera régies par l'ordonnance présidentielle.

Addenda: La présente loi entrera en vigueur du jour de la promulgation.

Addenda (le 23 février 1966): La présente loi entrera en vigueur du jour venant de l'expiration de deux mois après la promulgation.

Addenda (le 31 décembre 1975): La présente loi entrera en vigueur du premier jour janvier, 1975.

Prescription temporaire: Les choses contentieuses en ce qui concerne l'adoption des orphelins, qui sont déjà intentées dans le tribunal de première instance au moment de la mise à jour de la présente loi, seront, comme avant, entreprises par le tribunal de première instance.

孤兒入養特例法 小考

金 旭 坤

要 約

1961年 9月 30日 法律第731號로 制定公布된 孤兒入養特例法은 特히 戰爭孤兒의 福利增進을 위한 目的에서 孤兒의 海外入養의 便宜를 圖謀하고 또 이를 規律키 위한 特別法이다. 韓國戰爭의 休戰이 締結된지 20년이 지난 오늘에 와서는 戰爭孤兒는 자취를 감추었으나 UN軍의 韓國駐屯으로 인하여 생긴 混血兒나 經濟的·道德的 혹은 家庭的 破綻으로 인한 棄兒의 數는 해마다 增加狀態에 있다. 그리고 이러한 孤兒들이 近來에 와서 海外로 많이 入養되고 있는 것도 事實이다. 따라서 人間的·道德的 見地에서 볼 때 孤兒의 福利增進을 위한 本法과 같은 孤兒入養特例法의 必要性은 크다 할 것이다. 그러나 本法의 目的은 어디까지나 孤兒의 福利增進을 위하여 그 海外入養을 規律함에 있기 때문에, 本法은 그 目的을 위해서 必要하고 充分한 法規이어야 할 것이다.

本稿에서는, 첫째 本法의 內容과 그 未備點들을 검토하였는바, 特히 養親의 資格, 入養節次 및 保護監督規定들은 不適當하고 未備한 점들이 많음을 보았다.

둘째 孤兒의 海外入養에 있어서의 準據法의 決定에 關해서 검토하였는바, 本特例法에서는 準據法指定에 關한 規定이 전혀 없기 때문에 涉外私法의 一般規定에 依할 수밖에 없다. 그러나 孤兒의 海外入養에 있어서 準據法의 決定을 涉外私法의 一般規定에 依할 것 같으면 孤兒의 福利增進을 위해서 不適當한 경우가 있을 수 있음을 보았다. 特히 入養의 方式과 罷養에 關해서는 本法에서 그 準據法指定에 關한 特別規定을 두어야만 할 것이다.

本 孤兒入養特例法은 1966年 2月 23日과 1975年 12月 31日 兩次에 걸쳐서 改正된 바 있으나, 孤兒의 福利增進을 진실로 위하고 또한 따라서 近來 孤兒의 海外入養으로부터 惹起되고 있는 많은 問題點들을 解決하고 豫防하기 위해서는 보다 根本的인 改正이 必要함을 우리는 강조하는 바이다.

〔附 錄〕

開校 78週年 紀念 學術講演會

韓國의 近代化와 基督教

連續講座 第 2 回

韓國의 基督教과 民族主義

編輯者註

여기 掲載하는 두 편의 글은 지난 1975. 10. 8에 崇田大學校 開校 78週年 紀念行事의 하나로 실시된 **韓國의 近代化와 基督教 連續講座 第二回 學術講演會**의 講演內容을 整理한 것이다.

韓國의 近代化 過程에서 基督教의 役割과 貢獻은 실로 至大하다고 할 것이다. 특히 改新教가 이 땅에 傳來된지 1세기가 가까와오는 現時點에서 韓國의 近代化와 基督教라는 課題는 學問的으로 整理해 보아야 할 段階에 이르렀다고 생각된다. 이러한 時代的 要請에 副應하기 위한 첫 試圖로서 本校附設 人文社會 科學研究所는 1974年度에는 **韓國의 傳統社會와 基督教의 受容**이라는 主題를 선정하여 종래의 宣敎 中心의 연구에서 한 걸음 더 나아가 受容이라는 積極的인 面을 照明해 보았다.

금번 第二回 講座에서는 **韓國의 基督教와 民族主義**라는 主題를 選定하여, 이 兩者의 關係를 政治的·思想的 측면에서 探究해 보았다.

이 講座는 1977년까지 年次的으로 各 分野에 걸쳐 계속될 것인데, 이러한 企劃은 本校의 開校80週年과 改新教 傳來 100週年을 紀念하기 위한 것이다. 따라서 이 講座의 成果는 계속 本論文集을 통하여 掲載할 豫定이다.